



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2011-07-08
Meddelad i
Linköping

Mål nr
665-11
Enhet 2

SÖKANDE

Bracco Imaging Scandinavia AB, 556681-8497
Salsmästaregatan 32
422 46 Hisings Backa

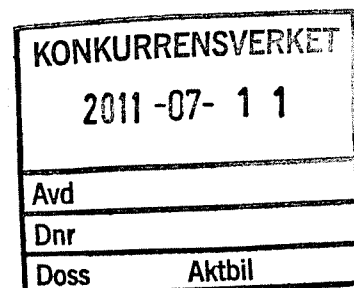
MOTPART

Landstinget i Östergötland
Upphandlingscentrum
581 85 Linköping

Ombud: Hannes Olsson
Landstinget i Östergötland
Upphandlingscentrum
581 85 Linköping

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avskriver målet från vidare handläggning i den del som avser V08AB jodhaltiga ej förfyllda sprutor.

Förvaltningsrätten avslår ansökan i övrigt.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 8 februari 2011 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 47260

Postadress Box 406 581 04 Linköping	Besöksadress Brigadgatan 3	Telefon 013-25 10 00 E-post: forvaltningsratten@linkoping.dom.se	Telefax 013-25 11 40	Expeditionstid måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00
--	--------------------------------------	---	--------------------------------	--

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Landstinget i Östergötland (landstinget) genomför en upphandling av läkemedel, läkemedelsnära- och medicintekniska produkter, UC-2010-170. Upphandlingen omfattar olika terapiområden, bl.a. röntgen, som i sin tur är uppdelad i olika tilldelningsgrupper, bl.a. V08AB Coronar och PCI lab. Upphandlingen genomförs som en öppen upphandling.

Av tilldelningsbeslut den 28 januari 2011 framgår att landstinget avser att teckna avtal med GE Healthcare AB avseende V08AB Coronar och PCI lab.

Bracco Imaging Scandinavia AB (nedan BIS) ansöker om överprövning av upphandlingen avseende V08AB Coronar och PCI lab och yrkar att upphandlingen ska göras om eller rättas på så sätt att BIS tilldelas uppdraget som leverantör.

Landstinget motsätter sig bifall till ansökan avseende V08AB Coronar och PCI lab. För det fall att förvaltningsrätten finner att BIS har grund för sin talan yrkas att upphandlingen ska göras om.

BIS har även ansökt om överprövning avseende V08AB Jodhaltiga ej fyllda sprutor. Enligt justerat tilldelningsbeslut den 5 februari 2011 har BIS tilldelats kontrakt i gruppen. BIS har därefter uppgett att denna punkt därmed är ”utagerad”.

Förvaltningsrätten har den 8 februari 2011 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

PARTERNAS UTVECKLANDE AV TALAN

En omfattande skriftväxling har ägt rum i målet. Parterna har i ansökan och yttranden i huvudsak anfört följande, redovisat i kronologisk ordning.

BIS: Landstingets referensgrupp för utvärderingen har inte tagit hänsyn till de studier som BIS bifogat anbudet inom efterfrågade områden. BIS har genom publicerade studier visat att Iomeron är minst lika säker som Visipaque (den produkt som valdes i upphandlingen – förvaltningsrättens anm.), har god sortimentsbredd och att Iomeron erbjudits till lägsta pris. BIS ska därför tilldelas kontrakt i gruppen.

Landstinget: BIS anser att den egna produkten är lika säker som Visipaque. Denna bild stämmer inte överens med vad som framkom vid utvärderingen. I referensgruppen deltog två överläkare och en specialistläkare. Därutöver har referensgruppen även varit i kontakt med en specialistläkare för att inhämta dennes synpunkter och erfarenheter av Iomeron. Landstinget kan bekräfta att Iomeron har provats vid landstinget under en 3-månadersperiod i början av 2000-talet. Under denna period konstaterades fyra fall av ventrikelflimmer, som inträffat i samband med att Iomeron användes vid coronarangiografi eller vid PCI. Inte i något av dessa fyra fall fanns någon annan rimlig orsak än Iomeroninjektionen till patienternas ventrikelflimmer. Vid användning av Visipaque under mer än 10 års tid finns inget liknande fall av ventrikelflimmer konstaterat vid PCI-lab på Universitetssjukhuset i Linköping. Att använda ett röntgenkontrastmedel som Iomeron, som man vet kan orsaka denna livshotande hjärtarytmi vid intracoronar injektion, är inte acceptabelt ur patientsäkerhetssynpunkt när det finns säkrare alternativ att tillgå.

Den av BIS inlämnade dokumentationen har av landstinget i sammanfattning bedömts enligt följande. Viss dokumentation har inte utgjort publice-

rade studier vilket efterfrågades eller har tveksamt vetenskapligt värde. Annan dokumentation har inte behandlat Iomeron eller visar att Visipaque är en bättre produkt eller att det inte är någon skillnad mellan detta preparat och Iomeron. Viss dokumentation är inte relevant för coronar/PCI. Landstinget kan varken utifrån BIS studier, vilket varit avgörande för utvärderingen, eller utifrån den egna kliniska erfarenheten, likställa Iomeron med Visipaque.

BIS: Det är anmärkningsvärt att påstådda konstaterade fyra fall av ventrikelflimmer, som är att betrakta som en allvarlig biverkan, inte har rapporterats till Läkemedelsverket. Iomeron har på samtliga utvärderingspunkter en minst lika bra säkerhetsprofil som bl.a. Visipaque. Till stöd för detta påstående har BIS åberopat ett yttrande av moderbolagets medicinska avdelning.

Landstinget: Landstingets egen erfarenhet av Iomeron saknar relevans i målet utifrån genomförd utvärdering av produkten. Åberopat yttrande av BIS moderbolags medicinska avdelning saknar också relevans för genomförd utvärdering. För att ändå påvisa brister i moderbolagets yttrande har landstinget bifogat studier.

BIS: Landstinget har avvikit från angiven grund för tilldelning av kontrakt. En anbudsgivare ska kunna förutse på vilket sätt dennes anbud kommer att bedömas i upphandlingen, vilket i sin tur innebär att den upphandlande myndigheten måste ange hur utvärderingen kommer att ske och vad den upphandlande myndigheten kommer att tillmäta betydelse och fästa vikt vid i samband med valet av leverantör. Detta följer av de grundläggande gemenskrättsliga principerna om transparens och likabehandling inom offentlig upphandling och därmed av 1 kap. 9 § LOU. Av Kammarrätten i Stockholms avgörande den 29 maj 2006 i mål nr. 532-06 följer vidare att om en upphandlande myndighet har antagit ett anbud med lägst pris, trots

att det i förfrågningsunderlaget har angivits att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas, har myndigheten brustit i transparens och därmed affärsmässighet. Landstinget har i förfrågningsunderlaget angivit att man för tilldelningsgruppen V08AB Coronar och PCI lab avser att utvärdera enligt principen om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Trots detta har landstinget enligt tilldelningsbeslut den 28 januari 2011 använt sig av tilldelningsgrunden lägsta pris för samtliga tilldelningsgrupper. Av utvärderingsprotokollet framgår vidare att landstinget, vid antagandet av GE Healthcare AB (nedan kallat GE) som leverantör, vid sin bedömning endast har beaktat det pris som detta bolag har offererat. Landstinget har inte gjort någon bedömning av om GE:s anbud i förhållande till övriga anbud har utgjort det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Vidare har landstinget gjort en felaktig utvärdering av BIS anbud. Även om förvaltningsrätten skulle anse att landstingets utvärdering av inkomna anbud är förenlig med den grund för tilldelning av kontrakt som har angivits i förfrågningsunderlaget är utvärderingen felaktig. BIS har offererat avsevärt lägre pris än vad GE har gjort. BIS har även avseende övriga utvärderingskriterier lämnat ett anbud som har varit så ekonomiskt fördelaktigt som möjligt för landstinget. Beträffande utvärderingskriteriet patientsäkerhet har landstinget under punkt 14.3.1. uppställt ett börkrav på anbudsgivarna att till anbudet bifoga publicerade studier inom tre områden för patientsäkerhet. Vad studierna ska ha för innehåll har landstinget inte uppställt något närmare krav på. BIS har till sitt anbud bifogat ett stort antal studier avseende den av BIS offererade produkten Iomeron, vilka samtliga visar på de högeffektiva och mycket säkra undersökningar av patienter som denna produkt erbjuder. Landstinget har inte angett att referensgruppen för Coronar och PCI lab skulle komma att poängsätta innehållet i studierna. BIS ska därmed tilldelas maximala 55 poäng. Om förvaltningsrätten skulle finna att landstinget i förfrågningsunderlaget får anses ha angivit att studiernas innehåll skulle komma att utvärderas, har det i vart fall inte

angivits att annat än de åberopade studierna i sig skulle komma att utvärderas. Landstinget har inte på något sätt förutskickat att utvärdering under utvärderingskriteriet patientsäkerhet skulle ske utifrån landstingets tidigare erfarenheter från användning av Iomeron. – Iomeron erbjuder vidare den högsta jodkoncentrationen (400 mg I/ml) i jämförelse med andra jodkontrastmedel på marknaden. Detta gör Iomeron speciellt lämpad för den senaste tekniken på området som kräver höga koncentrationer och snabba flöden för optimala undersökningsresultat. Den höga koncentrationen möjliggör en mindre mängd kontrastmedel i jämförelse med lägre koncentrationer. Iomeron utgör därmed en mycket effektiv produkt. Vidare kan noteras att Iomeron sedan flera år tillbaka är det ledande jodkontrastmedlet i Danmark, som ställer samma höga krav på säkerhet hos jodkontrastmedel som i Sverige. Under 2010 blev Iomeron, med en marknadsandel om 55 procent, det största jodkontrastmedlet även i Norge, som för övrigt är hemmamarknad för den av GE offererade produkten Visipaque. Mot bakgrund av det anförda kan konstateras att Iomeron är en högeffektiv, säker och välbeprövad produkt som har en dominerande ställning inom den nordiska marknaden, där det ställs lika höga krav på produktsäkerhet i samband med undersökningar av patienter som det görs i Sverige.

Till följd av den felaktigt genomförda anbudsvärderingen står det klart att BIS har lidit skada, eller i vart fall riskerar att lida skada genom att inte tilldelas kontrakt.

Landstinget: Utvärdering av studier/skriftliga handlingar, där kvaliteten eller genomförandet av en tjänst ska utvärderas torde allt som oftast bestå av s.k. mjuka utvärderingsparametrar som knappast lämpar sig, att i förväg, fastställas i exakta betygssteg eller vilket exakt anbuds innehåll som genererar en viss poäng. Utvärdering av denna typ av kriterier blir med nödvändighet subjektiv, vilket i sig inte medför att utvärderingsmodellen brister i transparens eller medför att anbudsgivarna behandlas olika. Avgöran-

de är att anbudsgivare genom förfrågningsunderlaget kan utläsa vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen samt vid utvärdering av anbudet. Av förfrågningsunderlaget framgår med all tydlighet vad som efterfrågas och särskilt vad som kommer att utvärderas i studierna, se punkt 14.3.3. Att anbudsgivare härutöver, utifrån förfrågningsunderlaget, ska kunna förutse utfallet av utvärderingen är således inte nödvändigt.

Landstinget har av misstag angivit en annan grund för tilldelning av kontrakt i tilldelningsbeslutet än vad som anges i förfrågningsunderlaget. Det får dock vara ställt utom varje tvivel att valet av utvärderingsgrund, utvärderingens genomförande och redovisad leverantör i tilldelningsbeslutet har följt principen om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vad som anges i tilldelningsbeslutet får således betraktas som en uppenbar felskrivning. Felskrivelsen är i sig inte grund för att upphandlingen ska göras om. Leverantörens förmåga att lämna anbud kan på intet sett sägas ha påverkats av felskrivningen i och med att den gjordes efter det att anbudet inkom från bolaget. Inte heller råder det någon tvekan om vilken leverantör som landstinget har för avsikt att ingå avtal med. BIS har uppenbarligen kunnat förstå att deras anbud inte är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Om landstinget hade utvärderat efter principen om lägst pris hade BIS anbud antagits.

BIS anbud brister avseende patientsäkerhet. Kravet för att erhålla poäng är att anbudsgivaren har bifogat studier. Andra typer av dokumentation kan inte rendera poäng vid utvärderingen. Med kommentarer till viss dokumentation anförs att BIS har inkommit med studier för två av delområdena nämligen njurpåverkan och blodproppsbildning men inte delområdet kontramedelsreaktioner, allergi. Dokumentationen "Sutton" anges av landstinget som en inskannad broschyr om studie och det anförs att materialet inte behandlar Iomeron. Detta drar ner bolagets totala poäng avseende patientsäkerhet.

BIS har vid utvärderingen erhållit totalt 63 poäng, varav för patientsäkerhet 18 poäng, sortimentsbredd 5 poäng och pris 40 poäng. Vinnande anbudsgivare har erhållit totalt 73 poäng, varav för patientsäkerhet 55 poäng, sortimentsbredd 5 poäng och pris 13 poäng. BIS anbud har erhållit ett resultat som understigit resultatet från det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

BIS: Av landstingets redovisade poängsättning av BIS och GE:s anbud syns inte ett spår av i utvärderingsprotokollet. Landstinget har endast redovisat GE:s offererade priser. Mot denna bakgrund framstår landstingets påstående att landstinget bedömt anbuden utifrån de tre utvärderingskriterierna patientsäkerhet, pris och sortimentsbredd närmast som en efterhandskonstruktion.

Landstingets påstående att en aktuell studie inte är till Iomerons fördel är helt irrelevant, eftersom några krav på innehållet i studierna inte har ställts upp av landstinget. Landstingets invändning i denna del saknar helt relevans och synes snarare syfta till att i allmänna ordalag framställa Iomeron som en undermålig och patientsäker produkt. Det anförs enligt vad som närmare utvecklas i huvudsak att åberopade studier visar att Iomeron är bättre än eller lika fördelaktig som Visipaque. Landstinget har dessutom fel i att Iomeron inte behandlas i Sutton-studien inom delområdet kontrastmedelsreaktioner/allergi, vilken bifogas.

Det kan därmed konstateras att BIS under utvärderingskriteriet patientsäkerhet har bifogat studier inom samtliga efterfrågade patientsäkerhetsområden och därför ska tilldelas maximala 55 poäng. Det finns dessutom inte något utrymme att tilldela BIS 18 poäng under utvärderingskriteriet patientsäkerhet, då möjlig poängtilldelning har varit 55, 20 eller 0 poäng. Denna godtyckliga utvärdering av anbuden utgör ytterligare stöd för att landstinget, i samband med utvärderingen av inkomna anbud, har överträtt de

grundläggande gemenskapsrättsliga principerna om transparens och lika-behandling och därmed 1 kap. 9 § LOU. Den godtyckliga utvärderingen ger vidare stöd för att den av landstinget använda utvärderingsmodellen har varit helt oförutsebar.

BIS gör i tredje hand gällande att landstinget har använt sig av ett förfrågningsunderlag och en utvärderingsmodell som har varit så bristfälliga och otydliga att det på förhand har varit omöjligt att förutse hur utvärderingen av anbud skulle ske och därför inneburit att landstinget i praktiken har förbehållit sig fri prövningsrätt av anbud. Eftersom bristerna är hänförliga till förfrågningsunderlaget och således kan ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede måste upphandlingen göras om, såvida inte förvaltningsrätten istället förordar om rättelse på så sätt att BIS tilldelas aktuellt uppdrag. BIS uppfattning om hur utvärderingen skulle gå till skiljer sig markant från hur utvärderingen faktiskt gått till. Landstingets beskrivning av hur myndigheten avser att poängsätta anbud är så allmänt hållen att den inte ger en leverantör, som ska delta i upphandlingen, någon ändamålsenlig ledning för hur denne ska gå tillväga för att utforma ett konkurrenskraftigt anbud. Beträffande utvärderingskriteriet patientsäkerhet framgår t.ex. inte hur landstinget tänker sig att anbud ska kunna jämföras med varandra. Inte heller har landstinget angivit att referensgruppen för Coronar och PCI lab skulle komma att poängsätta innehållet i studierna eller att utvärdering under kriteriet skulle ske utifrån landstingets tidigare erfarenheter från användning av Iomeron. Det framgår överhuvudtaget inte av handlingen "14. Röntgen", eller förfrågningsunderlaget i övrigt, hur de efterfrågade uppgifterna avseende patientsäkerhet kommer att poängsättas. Vad som anges under punkten 14.3.3. ger inte någon som helst ledning för hur en anbudsgivare ska utforma sitt anbud för att erhålla maximal poäng. Då poängsättning under kriteriet synes ha skett utifrån andra premisser än att ett visst antal bifogade studier för de tre efterfrågade områdena ger en viss poäng framgår det överhuvudtaget inte heller av förfrågningsunderla-

get vad som krävs för att erhålla en viss poäng mellan 0 och 55. Utvärderingskriteriets utformning har inte möjliggjort för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare att tolka kriteriet på det av landstinget avsedda sättet. Vilket sätt landstinget har avsett att kriteriet skulle tolkas på framstår för övrigt alltjämt som oklart, eftersom tilldelningsbeslutet med bifogat utvärderingsprotokoll inte ger någon närmare upplysning härom. Det är därför sannolikt att samtliga de anbudsgivare som har deltagit i upphandlingen kan ha tolkat kriteriet på olika sätt.

Oklara förutsättningar för utvärderingen av patientsäkerhet leder inte bara till osäkerhet om hur anbudsgivarna ska utforma sina anbud med avseende på detta kriterium, utan även innebär en osäkerhet vid anbudsgivarnas kalkylering av anbudspriset. Detta beror på att anbudsgivarna, som inte på förhand kan bilda sig en uppfattning om hur den offererade patientsäkerheten kommer att utvärderas, inte kan bedöma vilket pris de bör offerera för att ha förutsättningar för att vinna upphandlingen.

Vad gäller utvärderingskriteriet pris, framgår av punkt 14.3.2. att anbudsgivarna bör ange pris för förpackningsstorlekarna 20, 50, 100, 200 och 500 ml för jodkoncentrationer lika med eller över 270 mg/l. Vidare framgår av punkt 14.3.1. att priser på alla övriga förpackningsstorlekar i sortimentet ska lämnas genom att prisbilagan ifylles och bifogas anbudet. Övriga förpackningsstorlekar påverkar dock inte utvärderingen. Prisbilagan har fyllts i av BIS i enlighet med föreskrifterna i förfrågningsunderlaget. Det framgår emellertid inte av förfrågningsunderlaget hur de vitt skilda förpackningsstorlekarna och jodkoncentrationerna ska summeras i syfte att få fram ett sammanräknat offererat pris för var och en av anbudsgivarna som sedan kan jämföras med det offererade priset från övriga anbudsgivare. Detta kan anbudsgivarna endast "gissa" sig till när de försöker att utforma ett konkurrenskraftigt anbud. Det kan således konstateras att uppgifterna i förfrågningsunderlaget som anger hur utvärderingskriteriet pris kommer att utvär-

deras har varit så bristfälliga och otydliga att det har varit omöjligt för en anbudsgivare att på förhand bilda sig en uppfattning om hur poängsättningen av detta kriterium kommer att ske. Detta har i sin tur inneburit att landstinget i praktiken har förbehållit sig fri prövningsrätt av anbuden.

Landstinget: BIS kan inte bevisa sitt påstående att landstinget inte har tillämpat den i förfrågningsunderlaget redovisade utvärderingsmodellen, utan anser endast att så är fallet. Landstinget har däremot redovisat utfallet av utvärderingen, vilket tydligt utvisar att modellen har tillämpats på det sätt som stadgas i förfrågningsunderlaget. Om endast pris hade varit avgörande hade bolagets produkt blivit tilldelad kontrakt, vilket inte är fallet. Enligt landstingets mening brister förfrågningsunderlaget inte i transparens.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Bestämmelser m.m.

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 2 § LOU, i dess lydelse före den 15 juli 2010, framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av 12 kap. 1 § LOU framgår att en upphandlande myndighet skall anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, skall myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljö-

egenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

Av 12 kap. 2 § LOU framgår bl.a. att den upphandlande myndigheten skall ange hur de olika kriterierna i 1 § viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller ange kriterierna i fallande prioritetsordning.

Förfrågningsunderlaget

I punkt 14.3.1 anges bl.a. följande.

För tilldelningsgrupp VO8AB Coronar och PCI lab avser Landstinget att tillämpa en särskild fördelningsnyckel enligt följande:

Val av produkt/preparat/kontrastmedel kommer att ske efter en individuell prövning av den enskilda patienten med hänsyn tagen till i första hand patientsäkerhet och i andra hand pris.

Publicerade studier bör bifogas anbudet inom följande områden:

1. effekterna på blodproppsbildning vid klinisk användning
2. kontrastmedelsreaktioner/allergi
3. njurpåverkan

I punkt 14.3.3 anges följande.

Landstinget avser att utvärdera enligt principen om ekonomiskt mest fördelaktiga anbud.

Vid utvärderingen väger Patientsäkerheten 55 %, pris 40 % och sortimentsbredd 5 %.

Patientsäkerheten:

Patientsäkerhet (studierna) kommer att utvärderas av referensgruppen för coronar och PCI-lab. Vid utvärderingen kommer fokus att fästas vid effekterna på blodproppsbildning vid klinisk användning, kontrastmedelsreaktioner/allergi och njurpåverkan.

Bifogat studier för samtliga tre efterfrågade områden ger 55 poäng

Bifogat studier för 1-2 av de efterfrågade områdena ger 20 poäng

Inga studier är bifogade = 0 poäng.

Pris:

Lägst inkomna anbudspris resulterar i 40 poäng. Lägst inkomna anbudspris + 100 % och därutöver ger 0 poäng. Däremellan interpoleras poängen rätlinjigt. Delar av poäng kan komma att utdelas.

Sortimentsbredd:
Innehåller minst 5 storlekar = 5 poäng
Innehåller mindre än 5 storlekar = 0 poäng.

Förvaltningsrättens bedömning

Tilldelningsgrupp V08AB jodhaltiga ej förfyllda sprutor

Landstinget har i justerat tilldelningsbeslut den 5 februari 2011 tilldelat BIS kontrakt i denna tilldelningsgrupp. BIS har därefter uppgett att denna punkt därmed är ”utagerad”. Det finns därmed inte något för förvaltningsrätten att pröva i sak avseende denna grupp.

Tilldelningsgruppen V08AB Coronar och PCI lab

BIS har i sammanfattning anfört att landstinget har brutit mot principerna om transparens och likabehandling dels genom att avvika från i förfrågningsunderlaget angiven grund för tilldelning av kontrakt, dels genom att ha gjort en felaktig utvärdering av BIS anbud, dels genom att ha använt sig av ett förfrågningsunderlag och en värderingsmodell som varit så bristfälliga och otydliga att det på förhand har varit omöjligt att förutse hur utvärderingen av anbuden skulle ske.

Vad gäller tillämpad utvärderingsmetod gör förvaltningsrätten följande bedömning.

I meddelandet om tilldelningen angavs att utvärderingen skett enligt lägsta pris. Landstinget har uppgett att det skedde en felskrivning i meddelandet och att utvärderingen rätteligen har skett utifrån det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Om anbuden utvärderats enligt lägsta pris skulle enligt landstinget BIS ha tilldelats kontrakt. Det kan konstateras att landstinget i målet har lämnat uppgifter om poängsättning, värdering av dokumentation

m.m. Det finns inte skäl att tro annat än att landstinget har valt det anbud som bedömts vara det ekonomiskt mest fördelaktiga. BIS har alltså inte visat att landstinget inte har tillämpat den utvärderingsgrund som angavs i förfrågningsunderlaget.

Ifråga om utvärderingen av BIS anbud gör förvaltningsrätten följande överväganden.

I förfrågningsunderlaget anges att anbudsgivare beträffande patientsäkerheten bör lämna in publicerade studier inom samtliga tre delområden och att patientsäkerheten (studierna) ska utvärderas av en referensgrupp. BIS gör gällande att bolaget borde ha tilldelats 55 poäng vad gäller patientsäkerheten eftersom bolaget har lämnat in studier inom samtliga delområden. Landstinget hade inte närmare preciserat vilken sorts dokumentation – studier – som efterfrågades. Landstinget anför å sin sida i huvudsak att viss inlämnad dokumentationen inte utgör studier, bl.a. materialet ”Sutton” inom delområdet kontrastmedelsreaktioner/allergi, eller är irrelevant.

Vad som avses med publicerade studier är visserligen inte närmare angivet i förfrågningsunderlaget. I det sammanhang som nu är aktuellt får begreppet emellertid anses ha en inom branschen vedertagen innebörd. Det torde således främst röra sig om vetenskapliga opartiska undersökningar som vilar på ett underlag av egna basdata och som har granskats av andra före publiceringen. Landstinget har anfört att materialet ”Sutton” inte är att hänföra till en publicerad studie. Förvaltningsrätten kan konstatera att Iomeron visserligen ingår i det av BIS inskickade materialet ”Sutton”. BIS har dock inte visat skäl för att gå ifrån landstingets bedömning att materialet inte kan anses som en publicerad studie. BIS har enligt förvaltningsrättens mening inte visat att landstinget saknat fog för att bestämma ett lägre poängtal för bolaget vad gäller de inlämnade studierna.

BIS har vidare anfört att landstinget har gjort utvärderingen utifrån egna erfarenheter av preparatet trots att detta inte står i förfrågningsunderlaget. Vid en kvalitativ utvärdering som det nu är fråga om är det emellertid naturligt att bedömningen sker mot en bakgrund av egna kliniska erfarenheter. Landstinget har dessutom anfört att de egna erfarenheterna av Iomeron saknar relevans i målet utifrån genomförd utvärdering av produkten. Det som BIS har åberopat i målet visar enligt förvaltningsrättens mening inte att landstinget vid värderingen av anbudet har gått utanför ramen för den utvärderingsmetod som beskrivs i förfrågningsunderlaget.

BIS har dessutom utförligt argumenterat för att Iomeron är en effektiv, säker och välbeprövad produkt. Det anförda visar emellertid inte att landstingets utvärdering av de olika preparaten utifrån de åberopade studierna har skett på ett sätt som bryter mot principen om likabehandling. Härtill kommer att BIS inte lämnade in någon studie, som detta begrepp bör definieras, inom ett av de aktuella delområdena och har därmed inte heller kunna visa sig uppfylla kravet på patientsäkerhet inom området.

Nästa fråga för förvaltningsrätten att ta ställning till är BIS påstående att landstinget har använt ett förfrågningsunderlag och en utvärderingsmodell som har varit så bristfälliga och otydliga att det på förhand har varit omöjligt att förutse hur utvärderingen av anbudet skulle ske.

En upphandlande enhet får fritt formulera förfrågningsunderlaget på det sätt som är lämpligast med hänsyn till det ändamålet med upphandlingen. Enligt praxis ska ett förfrågningsunderlag vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat d.v.s. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas (RÅ 2002 ref. 50). Tilldelningskriterierna ska vara formulerade på ett sådant

sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt (EG-domstolens dom den 18 oktober 2001 i mål C-19/00, SIAC Construction).

Förvaltningsrätten finner att landstinget ifråga om patientsäkerheten har angett att utvärderingen ska ske av en referensgrupp med fokus på effekterna på tre angivna områden. Det anges att anbudsgivare ska tilldelas poäng beroende på om studier bifogats anbudet för alla tre områden, ett eller två av områdena eller inga studier bifogade. Det anges därutöver inte hur värderingen av preparaten vad gäller säkerhet m.m. ska kvantifieras av referensgruppen med ledning av studierna.

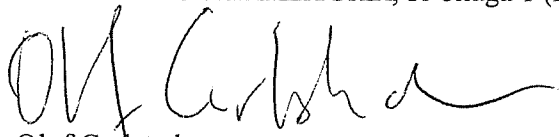
Vid skönsmässiga bedömningar får den upphandlande myndighetens värdering godtas om det inte finns uppenbara skäl till en annan bedömning (jfr. bl.a. dom den 4 februari 2009 av Kammarrätten i Jönköping, mål nr 5-09). Vidare instämmer förvaltningsrätten i vad landstinget har anfört, nämligen att det vid utvärdering av studier/handlingar, där kvaliteten eller genomförandet av en tjänst ska utvärderas, inte är lämpligt att i förväg fastställa betygssteg eller poängsättning och att det avgörande är att anbudsgivare kan utläsa vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse. Däremot bör en sådan utvärdering, vilket det är fråga om i målet, givetvis utföras av professionella bedömare och på ett tillfredsställande underlag. Landstinget har angett tre delområden av särskild betydelse vid utvärderingen av patientsäkerheten. Detta får anses vara tillräckligt klagörande beträffande vad landstinget ansåg vara viktigt att utvärdera. Det som BIS har anfört visar inte heller att den metod för den kvalitativa utvärderingen som landstinget har valt innebär att BIS inte har behandlats likvärdigt med andra anbudsgivare eller att utvärderingen inte har skett med tillräcklig förutsebarhet.

BIS har inte visat att det råder sådana oklarheter i förfrågningsunderlaget eller beträffande utvärderingen ifråga om priset att det finns skäl till åtgärd enligt LOU av förvaltningsrätten.

Tilldelningsbeslutet, som dessutom är missvisande, måste anses vara alltför knapphändigt för att kunna anses uppfylla kravet enligt 9 kap. 9 § LOU på att skälen ska redovisas. Även utvärderingsprotokollet är knapphändigt och redovisar endast priser enligt lämnade anbud. Dessa brister utgör i sig inte skäl till åtgärd enligt LOU.

Förvaltningsrätten finner därför sammanfattningsvis att BIS inte har visat att landstinget har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag på så sätt att det motiverar någon åtgärd enligt 16 kap. 2 § LOU.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV 3109/1 D).



Olof Carlstedt

Föredragande har varit Martina Thorn



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.